

Nicolas Klein

Das Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem



Nomos

facultas



DIKE

Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

Band 27

Nicolas Klein

Das Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem



Nomos

facultas



DIKE

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4633-0 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-8863-5 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1630-9 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-017-6 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
A. Historischer und institutioneller Rahmen	19
I. Begriffserläuterungen	19
1. „Fremde“ als Begriff des Völkerrechts	19
2. „Fremdenrecht“ als Begriff des Völkerrechts	19
3. Die „kommerzielle“ oder „Handelsschiedsgerichtsbarkeit“	20
4. Der Begriff „Mehrebenensystem“	21
II. Die Menschenrechte und der menschenrechtliche Eigentumsschutz	22
III. Das Investitionsschutzrecht	24
B. Methoden und Gegenstand der Untersuchung	26
1. Teil Gemeinsame Entstehungsgeschichte	29
A. Die Geschichte des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts	29
I. Vorklassische Antike	31
II. Antike	33
1. Die Rechtsstellung des Fremden im antiken Griechenland	33
2. Die Rechtsstellung des Fremden im antiken Rom	36
III. Mittelalter und spanisches Zeitalter	38
1. Das Fremdenrecht und die mittelalterliche Hanse	40
2. Das Fremdenrecht bei Francisco de Vitoria	43
IV. Vom Westfälischen Frieden bis ins 20. Jahrhundert	45
1. Die Rolle des Fremden- und Gastrechts in der politischen Theoriengeschichte: von Pufendorf bis Smith	47
2. Kant und das auf ein Besuchsrecht beschränkte Weltbürgerrecht in Abgrenzung zur klassischen Lehre nach Vattel	50
3. Fremdenrecht und der europäische Kolonialismus	53
4. Das klassische völkergewohnheitsrechtliche Fremdenrecht als Mindeststandard	57

5. Die Calvo-Doktrin und der Standard der Inländerbehandlung	70
a) Die Calvo-Klausel und die Frage nach der Rechtsträgerschaft im Fremdenrecht	75
b) Zwischen Inländergleichbehandlung und Minimalschutzstandard	80
V. Entwicklung des Fremdenrechts seit 1945	86
VI. Zwischenergebnis	89
B. Der Übergang vom Fremdenrecht zum Menschen- und Investitionsschutzrecht	91
I. Vom Fremdenrecht zum Menschenrechtsschutz – Das Völkerrecht im Wandel zum Individualschutzrecht	92
1. Strukturwandel des Völkerrechts hin zur Anerkennung von Individualrechten	93
2. Verhältnis von Fremdenrecht und Menschenrechtsschutz	96
a) Die Entwürfe Garcia Amadors in der International Law Commission (ILC)	98
b) Der Elles Report und die Erklärung über die Menschenrechte von Ausländern	100
3. Menschenrechte und sonstige völkerrechtliche Individualrechte	102
II. Vom Fremdenrecht zum Investitionsschutzrecht	103
1. Entstehung des Investitionsschutzrechts im Kontext des Nord-Süd-Konflikts	106
2. Überwindung des Nord-Süd-Konflikts durch Globalisierung und Bilateralisierung	111
3. Vom Nord-Süd Konflikt zur „Legitimitätskrise“ und zum „Public-Private Divide“	114
4. Das Investitionsschutzrecht im völkerrechtsgeschichtlichen Zusammenhang	118
III. Ergebnis	119
2. Teil Verhältnis von Menschenrechtsschutz und Investitionsschutz: Zwischen Konflikts- und Konvergenzdiskurs	121
A. Zwischen Konflikts- und Konvergenzdiskurs	121
I. Unterschiede zwischen Investitionsschutzrecht und Menschenrechten	123

II. Gemeinsamkeiten von Investitions- und Menschenrechtsschutz	131
B. Zwischenergebnis	138
3. Teil Neues konzeptionelles Modell: Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem	141
A. Konzeptionelles Verständnis des Investitionsschutzrechts als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem	141
I. Einordnung des Diskussionstandes	144
1. Das Investitionsschutzrecht im Spannungsfeld zwischen „öffentlichem“ Völkerrecht und privater Schiedsgerichtsbarkeit	149
2. Das Investitionsschutzrecht zwischen vergleichendem öffentlichen Recht und „klassischem“ Völkerrecht	159
3. Investitionsschutz als transnationales Recht?	163
4. Die Frage nach der Rechtsträgerschaft als Grundlage konzeptioneller Modelle zur Einordnung des Investitionsschutzrechts	164
a) Theorie derivativer Rechte (‘derivative rights theory’) – analog zum klassischen völkerrechtlichen diplomatischen Schutz	165
b) Theorie der abhängigen prozessualen Rechte („contingent rights theory“ oder „beneficiary rights theory“) – analog einem Vertragsverhältnis zugunsten Dritter	172
c) Theorie eines unmittelbaren Individualrechts („direct rights theory“) – analog zum Menschenrechtsschutz	177
i. Rechte von Individuen und insbesondere juristischen Personen im Völkerrecht	178
ii. Investitionsschutzverträge als Individualrechtsschutz	182
iii. Stellungnahme: Theorie nebeneinander bestehender und voneinander abhängiger direkter Rechte	192

II. Das Fehlen eines konzeptionellen Verständnisses des Investitionsschutzrechts als Individualrechtsschutz im Mehrebenensystem	197
III. Einordnung der Konzeption in den Nord-Süd Konflikt und die Diskussion über den ‚public-private divide‘	203
IV. Einordnung der Konzeption in den Diskurs um die ‚Legitimitätskrise‘ des Investitionsschutzrechts	204
B. Praktische Bedeutung der Konzeption für die schiedsgerichtliche Spruchpraxis	208
I. Auswirkungen auf konkrete Streitfragen des Investitionsschutzrechts	209
1. Bedeutung für die Auslegung offener Rechtsbegriffe	209
a) Analogieschlüsse im Investitionsschutzrecht	211
b) Bindungswirkung von Entscheidungen	216
c) Relevanz öffentlich-rechtlicher Prinzipien wie proportionality, legitimate expectations, standards of review, deference und margin of appreciation	220
d) Zwischenergebnis	232
2. Repressalienfestigkeit des Investitionsschutzrechts	233
3. Verzicht auf Investor – Staat Schiedsgerichtsbarkeit	246
4. Kündigung von Investitionsschutzverträgen	253
5. Ansprüche staatlicher Investoren und die Staat – Staat Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzverträgen	259
6. Einflussnahmemöglichkeiten von Staaten auf laufende Investor–Staat Schiedsverfahren	266
7. Öffentlichkeit der Verfahren und Rolle von <i>amicus curiae</i> Anträgen	272
8. Die Verteilung der Prozesskosten	279
9. Parallele Verfahren und die Möglichkeiten eines Dialogs zwischen Investitionsschiedsgerichten und nationalen Gerichten im Mehrebenensystem	283
10. Bedeutung von <i>Cooling-off</i> Perioden und der Voraussetzung der fristweisen Beschreitung nationaler Rechtswege am Beispiel der Entscheidung <i>BG Group v. Argentina</i> des US Supreme Courts	295
II. Flankierende rechtspolitische Ansätze de lege ferenda	306
1. Ausdrückliche Regelung grundsätzlicher Fragen des Zusammenwirkens der unterschiedlichen Rechtsebenen	306

2. Verbesserung der Legitimation von Schiedsgerichtsentscheidungen durch die Einführung einer ständigen Revisionsinstanz	311
3. Möglichkeit der Einführung von Vorabentscheidungsverfahren	316
C. Ergebnis	317
Schlussbemerkung	321
Entscheidungsverzeichnis	325
Literaturverzeichnis	333

Einleitung

Das Investitionsschutzrecht steckt in einer „Legitimitätskrise“.¹ Eine stetig ansteigende Zahl an Schiedsverfahren gegen souveräne Staaten hat dazu geführt, dass mehr und mehr Staaten dem Investitionsschutzrecht und der damit oftmals verbundenen Praxis der Streitbeilegung durch unabhängige Schiedsgerichte kritisch gegenüberstehen.² Gerade in der Diskussion zum transatlantischen Freihandelsabkommen (TTIP) zeigte sich, dass auch in

-
- 1 S. hierzu insbesondere das Public Statement on the International Investment Regime, 31 August 2010, abrufbar unter: <http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016), auch abgedruckt in: J. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment* (BRILL, Dordrecht 2011) 341 ff., Fn. 655; S. D. Frank, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.* (2005) 1521 ff.; M. Sornarajah, *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in: K. P. Sauvant (Hrsg.) *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (OUP, Oxford 2008) 39 ff.; A. Afilalo, *Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis*, 17 *Georgetown International Environmental Law Review* 1 (2004) 51 ff.; S. W. Schill, *The public law challenge: Killing or rethinking international investment law?*, 58 *Columbia FDI Perspectives* (2012) 1 ff.; vgl. demgegenüber jedoch D. Krishan, *Thinking about BITS and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis that never was*, in: T. Weiler / F. Baetens (Hrsg.) *New Directions in Internationale Economic Law – In Memoriam Thomas Wälde* (Martinus Nijhoff, Leiden 2011) 107 ff.
 - 2 Australien: Department of Foreign Affairs and Trade, Australian Government, *Trading Our Way to More Jobs and Prosperity* (Gillard Government Trade Policy Statement, April 2011); vgl. dazu L. E. Trakman, *Choosing Domestic Courts Over Investor–State Arbitration: Australia’s repudiation of the status quo*, 35 *UNSW Law Journal* 3 (2012) 979 ff.; L. E. Trakman, *Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend?*, 46 *Journal of World Trade* 1 (2012) 83 ff.; Nicaragua: Nicaragua hat angekündigt bestehende BITs zu kündigen, siehe dazu und auch zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in Südamerika im allgemeinen S. Appleton, *Latin American Arbitration: The Story Behind the Headlines*, International Bar Association (2010) abrufbar unter: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=78296258-3B37-4608-A5EE-3C92D5D0B979>> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); Argentinien: Als Sonderfall nach der Staatspleite weigert sich Argentinien einer Vielzahl an Schiedssprüchen nachzukommen, vgl. diesbezüglich T.-Y. Lin, *Systemic Reflections on Argentina’s Non-Compliance with ICSID Arbitral Awards: A New Role of the Annulment Committee at Enforcement*, 5 *Contempo-*

typischerweise kapitalexportierenden Staaten wie Deutschland kritische Stimmen zum Investitionsschutzrecht vermehrt Gehör finden. Dabei lässt sich eine mangelnde Legitimität dieser Schiedsgerichte zunächst schwierig von der Hand weisen. In intransparenten Verfahren entstehen sich teils widersprechende Entscheidungen. Auch die demokratische Legitimation der Schiedsgerichte erscheint mangelhaft. Der private Investor ist an der Auswahl der Schiedsrichter ebenso beteiligt wie der durch das Verfahren betroffene Staat. Die an der Zusammensetzung von Schiedsgerichten maßgeblich beteiligten internationalen Institutionen sind nur bedingt öffentli-

rary Asia Arbitration Journal 2012) 1 ff.; Bolivien: Hat die ICSID-Konvention mit Wirkung zum 3.11.2007 gekündigt, Bolivia Denounces ICSID Convention, 46 ILM (2007) 973; Ecuador: Hat am 12.6.2009 die Kündigung der ICSID-Konvention beschlossen und mehrere BITs gekündigt, vgl. UNCTAD, 2 IIA Issues (Dec. 2010) 1, abrufbar unter: <http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); Venezuela: Am 30.4.2008 verkündete Venezuela den Niederlanden seine Absicht, den Holländisch-Venezuelanischen BIT zum 1.11.2008 zu beenden; dazu L. E. Peterson (Hrsg.) Investment Arbitration Reporter, 16.5.2008, <<http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); USA: Durch den neuen US-Model BIT von 2012 werden viele in früheren US-BITs weit gefasste Schutzstandards eingeschränkt und den Staaten weitgehende Notstandsrechte eingeräumt, vgl. A. Roberts, Recalibrating interpretive authority, 113 Columbia FDI Perspectives (2014) 1 ff.; Südafrika: Auch Südafrika hat einige BITs gekündigt, mitunter wurde auch Deutschland am 23.9.2013 die Kündigungsabsicht förmlich mitgeteilt, vgl. <http://www.southafrica.diplo.de/Vertretung/suedafrika/en/_pr/2_Embassy/2013/4thQ/10-InvestmentTreaty.html> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); Indonesien: L. E. Trakman / K. Sharma, Indonesia's Termination of the Netherlands-Indonesia BIT: Broader Implications in the Asia-Pacific?, 21.8.2014, Kluwer Arbitration Blog, abrufbar unter: <<http://kluwerarbitrationblog.com/>> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); EU: EU-Kommission Konzeptpapier, Investitionen in der TTIP und darüber hinaus: der Reformkurs, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153455.pdf> (zuletzt aufgerufen am 22.12.2016); Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce, Chapter II, EU's Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf> (15.12.2015) (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); am 17.2.2017 hat nun auch das EU Parlament dem CETA-Abkommen mit einer Abkehr von der traditionellen Investor-Staat Schiedsgerichtsbarkeit zugestimmt, vgl. hier insb. Chapter 8, Section F, Art. 8.18 ff., COM/2016/0470 final – 2016/0220 (NLE), Text abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf> (zuletzt aufgerufen am 3.3.2017).

cher Kontrolle unterworfen und auch eine staatliche Kontrolle von Schiedssprüchen findet – mit eng begrenzten Ausnahmen – nicht statt.³

Das Investitionsschutzrecht hat sich so zu einer Sonderdisziplin des Wirtschaftsvölkerrechts herausgebildet, das in vielerlei Hinsicht durch die kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit – einer Disziplin des internationalen Privatrechts – beeinflusst wird.⁴ Vor dem Hintergrund des starken Einflusses der kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit und des Privatrechts ist das Investitionsschutzrecht in jüngerer Vergangenheit auch in der Wissenschaft vermehrt auf Kritik gestoßen. Eine junge Generation öffentlich-rechtlich geprägter Akademiker hat dargelegt, dass im Investitionsschutzrecht Reformbedarf besteht.⁵ Im Mittelpunkt der Kritik steht die fehlende Berücksichtigung fundamentaler öffentlich-rechtlicher Prinzipien. *Schill* beschreibt seine Vorstellung von Investitionsschutzstandards wie folgt: „[...] investment treaty standards should be understood as standards of public law that can be further concretized by comparative law methods.“⁶ Es wird in diesem Sinne versucht, andere Gebiete des öffentlichen Rechts, insbesondere Welthandelsrecht, Menschenrechte, Europarecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht heranzuziehen, um dort geltende Prinzipien auch im Investitionsschutzrecht zur Anwendung zu bringen.

Diese Methodik findet unter Staats- und Völkerrechtlern breite Zustimmung.⁷ Trotz eines gerade in jüngster Vergangenheit stark zunehmenden wissenschaftlichen Diskurses im Investitionsschutzrecht, ist eine wirklich

3 So auch S. W. Schill, *The public law challenge: Killing or rethinking international investment law?*, Columbia FDI Perspectives No 58 (30 January 2012) 1.

4 M. Hirsch, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in: P.-M. Dupuy / F. Francioni / E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP, Oxford 2009) 97-114, 107 ff.; A. Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, 107 AJIL 1 (2013) 48, 58 ff.

5 G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (OUP, Oxford 2007); D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (CUP, Cambridge 2008); S. W. Schill, *Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, 71 ZaöRV (2011) 247, 289.

6 S. W. Schill, *The public law challenge: Killing or rethinking international investment law?*, Columbia FDI Perspectives No 58 (30 January 2012) 1.

7 Vgl. A. Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, 107 AJIL 1 (2013) 45, 94; S. W. Schill (Hrsg.) *Internationales Investment Law and Comparative Public Law* (OUP, Oxford 2010); S. W. Schill, *Internationales Investment Law and Comparative Public Law* (OUP, Oxford 2010); S. W. Schill, *Internationales Investment Law and Comparative Public Law* (OUP, Oxford 2010).

kohärente konzeptionelle und dogmatische Einordnung des Investitionsschutzrechts in den größeren völkerrechtlichen Zusammenhang jedoch noch nicht erfolgt.⁸ Auch praktisch essentielle Fragen, wie etwa die Frage nach dem eigentlichen Rechtsträger des Investitionsschutzrechts oder dem Verhältnis von Investitionsschutzrecht zum allgemeinen Völkerrecht, insbesondere zum klassischen diplomatischen Schutz, sind umstritten⁹ und werden von Schiedsgerichten einzelfallabhängig unterschiedlich beurteilt.¹⁰ In der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis besteht erhebliche Unklarheit darüber, wie selbst elementare Grundfragen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit richtig zu beantworten sind, und in der Wissenschaft wird zu meist von einer unbestimmten „Hybridität“ des Investitionsschutzrechts

tionales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, 71 ZaöRV (2011) 247, 289.

- 8 S. W. Schill, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, 71 ZaöRV (2011) 248; C. Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, 120 Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht (2012) 5; A. Roberts hält eine Einordnung für verfrüht, weist jedoch auf die grundlegende Bedeutung einer tiefergehenden theoretischen Untersuchung hin und möchte dafür eine Grundlage schaffen, A. Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, 107 AJIL 1 (2013) 49; A. Roberts, Triangular treaties: the nature and limits of investment treaty rights, 56 Harvard International Law Journal 2 (2015) 353 ff.
- 9 S. zur Frage nach der Rechtsträgerschaft nun umfassender T. R. Braun, Ausprägungen der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht (Nomos, Baden-Baden 2011); die Frage weiterhin offenlassend jedoch z.B. M. Paparinskis, Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility, 24 (2) EJIL (2013) 617 ff.; s. zum Verhältnis von Investitionsschutzrecht und allgemeinen Völkerrecht, R. Hofmann / C. J. Tams (Hrsg.) International Investment Law and General International Law (Nomos, Baden-Baden 2011); zum Verhältnis zwischen Investitionsschutzrecht und diplomatischem Schutz siehe J. Gundel, Vom diplomatischen Schutz zum Recht der Investitionsschutzabkommen: Offene Fragen und alternative Wege beim Auslandsschutz privater Vermögensinteressen, 51 Archiv des Völkerrechts 1 (2013) 108 ff.
- 10 Vgl. zur Frage der Rechtsträgerschaft *Archer Daniels Midland Co. v. Mexico*, No. ARB/AF/04/05, Award, 21.11.2007, Rn. 169; *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB/AF/98/3, Award, ICSID Add. Facility, 26.6.2003, Rn. 233; *Republic of Ecuador v Occidental Exploration and Production Co* (2005) EWCA Civ 1116 (2006) QB 432 (CA) Rn. 8.

ausgegangen und sich davor gescheut, eine eindeutige Einordnung des Investitionsschutzrechts vorzunehmen.¹¹

In dieser Arbeit soll daher der Versuch einer konzeptionellen und dogmatischen Einordnung des Investitionsschutzrechts unternommen werden. Ausgangspunkt der hier vertretenen Einordnung ist die Beobachtung, dass das Investitionsschutzrecht in besonderer Weise Private als unmittelbar völkerrechtserhebliche Akteure involviert. Das Investitionsschutzrecht soll daher – seiner Bedeutung für die Rechtsstellung von Individuen entsprechend – in den Kontext des völkerrechtlichen Individualrechtsschutzes eingeordnet werden.¹² Ziel ist dabei zum einen, das Investitionsschutzrecht im allgemeinen Völkerrecht zu verorten und zum anderen, die Auswirkungen einer solchen Verortung auf praktische Streitfragen der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis zu untersuchen.

Ganz unabhängig von konkreten Ergebnissen bezüglich einzelner Streitfragen soll die Untersuchung zumindest aufzeigen, dass unterschiedliche konzeptionelle Einordnungen erhebliche Auswirkungen auf spezifische Einzelfragen des Investitionsschutzrechts haben können und eine komplizierte Wechselwirkung zwischen konzeptioneller Einordnung des Investitionsschutzrechts einerseits und Beantwortung konkreter praktischer Streitfragen andererseits besteht. Eine fehlende dogmatische und konzeptionelle Durchdringung des Investitionsschutzrechts mag zwar in der Natur eines durch eine Vielzahl unterschiedlicher Verträge und Spruchkörper geprägten Rechtsgebiets liegen, jedoch wird gerade dadurch veranschaulicht, welch wichtige Begleit- und Leitfunktion der Wissenschaft in der Weiterentwicklung gerade dieses Rechtsgebiets zukommt.¹³

11 A. Roberts, *State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority*, 55 *Harvard International Law Journal* (2014) 1 ff.; M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, 24 *EJIL* 2 (2013) 619; grundlegend Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 *British Yearbook of International Law* (2003) 151 ff.

12 In diesem Sinne insbesondere auch A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (Mohr Siebeck, Tübingen 2014) 257 ff.

13 Vgl. C. Tietje, *Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?*, 120 *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* (2012) 5; S. W. Schill, *Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, 71 *ZaöRV* (2011) 247, 248.

Die aktuellen Debatten um das Investitionsschutzrecht zeigen, dass es in Zukunft nicht lediglich darum gehen kann, Einzelfragen des Investitionsschutzrechts systemimmanent kohärent zu lösen, sondern dass die Frage nach der Einordnung und Rechtfertigung des Investitionsschutzrechts im allgemeinen Völkerrecht gestellt und konsequenterweise auch praktische Einzelfragen stets auf ihre systemischen Konsequenzen hin untersucht werden müssen.

Die Einordnung des Investitionsschutzrechts in das völkerrechtliche Individualschutzrecht bringt einige Probleme mit sich. So stellt sich etwa schon die Ausgangsfrage, ob es überhaupt ein völkerrechtliches Individualschutzrecht gibt, welches als Vergleichsmaßstab für das Investitionsschutzrecht dienen kann, als problematisch dar.¹⁴ Das Völkerrecht begründet Individualrechte insbesondere im Menschenrechtsschutz, humanitären Völkerrecht, Konsularrecht, im klassischen Fremdenrecht in Verbindung mit dem diplomatischen Schutz und in Einzelfällen können Individualrechte ebenfalls aus dem internationalen Umweltrecht und dem Recht der Staatenverantwortung abgeleitet werden, etwa wenn es um den Schutz gegen Gewaltakte und Naturgewalt geht.¹⁵ Die Ergründung der spezifischen Eigenheiten des völkerrechtlichen Individualrechtsschutzes würde insofern den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Diese Arbeit fokussiert sich bewusst auf die Untersuchung, inwieweit der Menschenrechtsschutz als Vergleichsmaßstab für das Investitionsschutzrecht in Frage kommt.¹⁶

Das Verhältnis von Investitionsschutzrecht und Menschenrechten als prominentestes Beispiel völkerrechtlichen Individualrechtsschutzes, stellt einen zentralen Untersuchungsgegenstand einer konzeptionellen Einordnung des Investitionsschutzrechts in das völkerrechtliche Individualschutzrecht dar. Der Zusammenhang der beiden Rechtsgebiete wurde in der Vergangenheit indes häufig lediglich aus einem eng begrenzten Blickwinkel betrachtet und blieb häufig auf eine reine Kollisionsanalyse be-

14 Dazu umfassend insbesondere K. Parlett, *The Individual in the International Legal System* (CUP, Cambridge 2011) und A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (Mohr Siebeck, Tübingen 2014).

15 A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (Mohr Siebeck, Tübingen 2014) 1 ff., 215 ff.

16 Zur weiteren Bestimmung der Inhalte eines völkerrechtlichen Individualschutzrechts als Vergleichsmaßstab für das Investitionsschutzrecht soll insbesondere die Studie von Anne Peters als Ausgangspunkt dienen, A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (Mohr Siebeck, Tübingen 2014).

schränkt.¹⁷ Im Gegensatz dazu ist das Anliegen dieser Arbeit, eine umfassende Untersuchung vorzunehmen. Es geht darum, das Investitionsschutzrecht konzeptionell im System der individualschützenden Normen der Völkerrechtsordnung zu verorten, also nicht lediglich Kollisionsmöglichkeiten zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht herauszuarbeiten, sondern Gemeinsamkeiten der beiden Systeme aufzuzeigen. Die geschichtliche Entwicklung des historischen Fremdenrechts in die heutigen Schutzstandards des Menschenrechtsschutzes und des Investitionsschutzrechts spielt dabei eine besondere Rolle. Dadurch, dass Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht im historischen Fremdenrecht einen gemeinsamen geschichtlichen Hintergrund haben und sich erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts unterschiedlich entwickelten, erscheint eine konzeptionelle Vergleichbarkeit der beiden Systeme besonders naheliegend. Der erste geschichtliche Teil der Arbeit untersucht daher diesen Entstehungsprozess.

Durch eine Einordnung des Investitionsschutzrechts als Individualinteressen schützender Mindeststandard, der im ‚Minimum Standard of Treatment‘ des Fremdenrechts seinen Ursprung fand und in einem Mehrebenensystem ausgeübt wird, soll die Legitimität des Investitionsschutzrechts unterstrichen und gleichzeitig einer überexpansiven Auslegung und Ausdehnung des Investitionsschutzrechts Einhalt geboten werden. In diesem Sinne kann das neue konzeptionelle Modell dazu dienen, praktisch relevante Streitfragen des Investitionsschutzrechts einer kohärenten Lösung zuzu-

17 Die Untersuchungen beschränken sich häufig auf einzelne materielle Schutzstandards des Investitionsschutzrechts oder analysieren die bisherige Spruchpraxis von Schiedsgerichten die einen menschenrechtlichen Bezug aufweisen vgl. F. Baetens, *Discrimination on the basis of nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law*, in: Schill (Hrsg.) *International Investment Law and Comparative Public Law* (OUP 2010) 279 ff.; E.-M. Burkard, *Zum Spannungsverhältnis von Investitions- und Menschenrechtsschutz* (2013) 1 ff.; siehe jedoch auch entgegen diesem Trend C. Tietje, *Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?*, 120 *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* (2012) 5 ff.; mit einem methodologischen Ansatz insbesondere auch B. Simma / T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and Human Rights: First Steps towards a Methodology*, in: C. Binder / U. Kriebaum / A. Reinisch / S. Wittich (Hrsg.) *Essays in Honour of Christoph Schreuer: International Investment Law for the 21st Century* (2009) 707; P.-M. Dupuy / J. E. Viñuales, *Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress*, in: M. Bungenberg / J. Griebel / S. Hobe / A. Reinisch (Hrsg.) *International Investment Law (Nomos, Baden-Baden 2013)* 1739 ff.

führen. Der dritte Teil dieser Arbeit ist daher bewusst in zwei Teile gegliedert. Während der erste Teil das konzeptionelle Modell herleitet und begründet (A.), behandelt der zweite Teil die praktischen Auswirkungen des konzeptionellen Modells auf folgende prozessuale und materielle Fragestellungen (B.):

- (1) Wie müssen offene Rechtsbegriffe im Investitionsschutzrecht ausgelegt werden?
- (2) Wie wirkt sich die Rechtsträgerschaft von Investoren im Völkerrecht auf die Möglichkeit von Gegenmaßnahmen im Investitionsschutzrecht aus?
- (3) Kann ein Investor durch privatrechtliche Vereinbarung auf seine völkerrechtlichen Rechte verzichten?
- (4) Welche Auswirkungen hat eine Kündigung von Investitionsschutzverträgen durch Staaten?
- (5) Welche Konsequenzen hat die Möglichkeit der Einleitung eines Staat-Staat Schiedsverfahrens auf die Investor-Staat Schiedsgerichtsbarkeit?
- (6) Inwieweit sind der Einflussnahme von Staaten auf ein laufendes Investor-Staat Schiedsverfahren Grenzen gesetzt?
- (7) Wie können die Öffentlichkeit und betroffene Dritte an Investitionsschutzverfahren beteiligt werden?
- (8) Wer trägt die Prozesskosten in einem Investitionsschutzverfahren?
- (9) In welchem Verhältnis stehen staatliche Gerichte und Investitionsschiedsgerichte?
- (10) Wie sind sog. „cooling-off“ Perioden zu beurteilen und ist es, wie im Fall *BG Group v. Argentina*, ausgeschlossen, dass die Einhaltung dieser durch nationale Gerichte *de novo* überprüft werden?

Letztlich soll neben den Konsequenzen der Konzeption auf diese aktuellen Streitfragen des Investitionsschutzrechts *de lege lata* auch auf Konsequenzen der Konzeption auf Reformvorschläge bezüglich des Investitionsschutzrechts *de lege ferenda* eingegangen werden.

A. Historischer und institutioneller Rahmen

I. Begriffserläuterungen

1. „Fremde“ als Begriff des Völkerrechts

„Fremde“ im Sinne des völkerrechtlichen Fremdenrechts sind, in Abgrenzung zum häufig irreführend verwendeten Begriff des „Ausländers“, nicht lediglich fremde Staatsangehörige, sondern auch diejenige Personen, die keine Staatsangehörigkeit besitzen, also auch Staatenlose.¹⁸ Im Gegensatz zum Begriff des „Ausländers“, der positiv von der Staatsangehörigkeit eines anderen Staates abhängt, ist der Begriff des Fremden also stets negativ zu definieren: Fremd sind diejenigen, die nicht die Staatszugehörigkeit des Staates innehaben im Verhältnis zu welchem die jeweils relevante Rechtsbeziehung besteht.¹⁹ Die historische Wandlung des Begriffs des „Fremden“ ist ein wichtiger Bestandteil der geschichtlichen Entwicklung des Fremdenrechts. Erst mit der Relativierung des nationalstaatlichen Souveränitätsdogmas im Verlauf des 20. Jahrhunderts wurde der Begriff des Fremden losgelöst von der Staatsangehörigkeit allmählich auch im Völkerrecht als Individuum wahrgenommen.²⁰

2. „Fremdenrecht“ als Begriff des Völkerrechts

In der Vergangenheit wurde das Fremdenrecht im nationalen Kontext folgendermaßen definiert: „Fremdenrecht ist die Gesamtheit der Sätze, welche die Aus- oder Inländereigenschaft einer Person als Tatbestandsmerkmal aufweisen.“²¹ Diese Definition ist grundsätzlich auch auf das Völker-

18 K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Carl Heymanns Köln / Berlin, 1963) 19.

19 So auch Report on the fourth session of the Asian-African Legal Consultative Committee, Tokio, 1961, UN Doc A/CN.4/139, Yearbook of the ILC (1981) Vol. II, 82, „An alien is a person who is not a citizen or national of the State concerned.“; K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Carl Heymanns, Köln / Berlin 1963) 19.

20 M. Herdegen, Der „Fremde“ im Völkerrecht: Wandlung eines Begriffs, in: K. Hailbronner (Hrsg.), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts (C. F. Müller, Heidelberg 1999) 14.

21 E. Isay, Das deutsche Fremdenrecht (G. Stilke, Berlin 1923) 4.

recht übertragbar. Das Fremdenrecht im völkerrechtlichen Sinne ist jedoch zudem ein historisch verankerter Begriff, der sich im Wesentlichen auf die Normen des Völkergewohnheitsrechts bezieht, die einem jeden fremden Staatsangehörigen einen fremdenrechtlichen Mindestschutzstandard zukommen lassen.²² Dabei ist die Bezeichnung Fremdenrecht etwas ungenau, da es sich beim klassischen völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrecht nicht um Pflichten gegenüber Fremden schlechthin handelt, sondern nur gegenüber jenen Fremden, die Angehörige eines anderen Staates sind.²³

In vielen, auch völkerrechtlichen, Publikationen werden das nationale Fremdenrecht und das völkerrechtliche Fremdenrecht zusammen behandelt.²⁴ Im Folgenden soll das nationale Fremdenrecht jedoch ganz bewusst ausgeklammert werden. Nationale Vorschriften zum Schutze Fremder stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum völkerrechtlichen Fremdenrecht. Zwar besteht ein nicht unerheblicher Einfluss des völkerrechtlichen Fremdenrechts auch auf das deutsche Ausländerrecht,²⁵ jedoch bedarf es für eine Untersuchung des Ersteren nicht zwangsläufig einer Untersuchung des Letzteren. Dabei besteht die Gefahr, dass eine nationale Betrachtungsweise allgemeingültige Aussagen für das völkerrechtliche Fremdenrecht erschwert. In diesem Sinne soll im Folgenden das völkerrechtliche Fremdenrecht alleiniger Untersuchungsgegenstand sein.

3. Die „kommerzielle“ oder „Handelsschiedsgerichtsbarkeit“

Während Investitionsschiedsgerichtsbarkeit stets Verfahren zwischen souveränen Staaten und privaten Investoren zum Inhalt hat, so findet die kom-

22 A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (Duncker Humblot, Berlin 1984) § 1209.

23 A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (Duncker Humblot, Berlin 1984) § 1209.

24 So z.B. K. Hailbronner, *Die Relevanz des Völkerrechts für das deutsche Ausländerrecht* in: K. Hailbronner (Hrsg.), *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts* (C. F. Müller, Heidelberg 1999) 1 ff.; J. A. Frowein / T. Stein, *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht* (Springer, Berlin 1987) 1 ff.

25 S. hierzu auch K. Hailbronner, *Die Relevanz des Völkerrechts für das deutsche Ausländerrecht*, in: K. Hailbronner (Hrsg.) *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts* (C. F. Müller, Heidelberg 1999) 2, 10.

merzielle Schiedsgerichtsbarkeit in Verfahren zwischen Privaten Anwendung. Dabei werden die Begriffe kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit und Handelsschiedsgerichtsbarkeit synonym verwendet. Im englischen Sprachgebrauch und internationaler Praxis wird dabei der Begriff „commercial arbitration“ verwendet, weshalb im Folgenden aus Gründen der Einheitlichkeit stets der Begriff der kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit verwendet werden soll. Obgleich in vielen Veröffentlichungen nicht immer zwischen kommerzieller und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit differenziert wird und häufig lediglich von „arbitration“ im Allgemeinen gesprochen wird, so kann zumeist davon ausgegangen werden, dass die kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit gemeint sein wird. Sie hat in der Praxis eine weithin höhere Relevanz als die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und auch in der geschichtlichen Entwicklung ist festzustellen, dass die moderne Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sich ganz maßgeblich an der kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit orientiert hat. In der geschichtlichen Darstellung soll in dieser Arbeit aus diesem Grund auch immer wieder auf die kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit verwiesen werden, da deren Entwicklung unweigerlich auch mit der späteren Entstehung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verknüpft ist. Dennoch soll auch hier schon darauf verwiesen werden, dass ein grundlegender Bestandteil einer völkerrechtlichen Konzeption des Investitionsschutzrechts die klare Trennung und Abgrenzung zwischen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einerseits und kommerzieller Schiedsgerichtsbarkeit andererseits ist.

4. Der Begriff „Mehrebenensystem“

Der Begriff des Mehrebenensystems erfreut sich zwar zunehmender Beliebtheit, ist jedoch selbst erklärungsbedürftig.²⁶ Obgleich sowohl in Politik- und Sozialwissenschaft verwendet, wird im Bereich der Rechtswissenschaft zumeist im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses auf den Begriff des Mehrebenensystems zurückgegriffen.²⁷ Sauer stellt fest, dass

26 Dazu und zum Folgenden, H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen – Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen (Springer, Heidelberg 2008) 77 ff.

27 Vgl. H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen – Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher

das Bedürfnis für einen neutralen analytischen Rahmen zur Einführung des Begriffs des Mehrebenensystems in den rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauch geführt hat.²⁸ Mayer stellt hingegen insbesondere auf den Vorteil ab, dass bei einem Mehrebenensystem gerade kein Hierarchieverhältnis der unterschiedlichen Ebenen zum Ausdruck komme.²⁹ Meist findet jedoch eine Verwendung des Begriffs allein im europäischen Kontext ohne weitere Erläuterung statt oder zu einer unspezifischen Beschreibung von zunehmenden Interdependenzen im Zusammenspiel von nationalen und internationalen Rechtsebenen.³⁰ Nach der Definition von Sauer, die auch in dieser Arbeit zugrunde liegt, besteht ein Mehrebenensystem jedenfalls „aus mindestens zwei Ebenen, auf denen ein Verband oder mehrere gleichgeordnete Verbände Entscheidungskompetenzen durch ihre Organe wahrnehmen, wobei die einzelnen Ebenen dadurch miteinander rechtlich vernetzt sind, dass mindestens die Entscheidung einer Ebene bestimmt Rechtsbeziehungen zu der bzw. einer anderen Ebene feststellen oder gestalten können.“ In dieser Arbeit soll der Begriff des Mehrebenensystems insbesondere für die Untersuchung des Zusammenhangs von Investitionsschutzrecht und nationalem Rechtsschutz verwendet werden und versucht werden, einzelne Lehren aus dem europäischen Integrationsprozess auch im Investitionsschutzrecht fruchtbar zu machen.

II. Die Menschenrechte und der menschenrechtliche Eigentumsschutz

Die erste völkerrechtliche Urkunde, die sich mit dem Schutz der Menschen als solcher in Friedenszeit befasste, war die Erklärung der am Wiener Kongress versammelten Mächte vom 8. Februar 1815, in der die beteiligten Staaten ihre Entschlossenheit bekundeten, den Handel mit Sklaven

Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen (Springer, Heidelberg 2008) 77, 79 (m.w.N.).

28 H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen – Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen (Springer, Heidelberg 2008) 79.

29 F. C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (C. H. Beck, München 2000) 37.

30 Vgl. H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen – Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen (Springer, Heidelberg 2008) 83.

zu unterdrücken.³¹ Der klassische völkerrechtliche Menschenrechtsschutz, nach dem Menschenrechte nicht nur gegenüber Fremden, sondern auch gegenüber eigenen Staatsangehörigen gelten, entwickelte sich jedoch erst im 20. Jahrhundert.³² Als wesentliche Eckpfeiler der Entwicklung allgemein anerkannter Rechte eines jeden Menschen auf internationaler Ebene sind die UN-Charta von 1945³³ und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948³⁴ zu nennen.³⁵ Stark beeinflusst wurden die allgemeinen Menschenrechte in ihrer Entstehung durch den bereits zuvor geltenden Mindeststandard zum Schutz Fremder.³⁶ Der völkerrechtliche Eigentumsschutz beruht im Wesentlichen auf zwei normativen Säulen: dem Fremdenrecht einerseits und dem Menschenrechtsschutz andererseits.³⁷ Obwohl das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Ostenteignungen noch zu dem Schluss kam, dass das universelle Völkerrecht eine Gewährleistung des Eigentums als menschenrechtlichen Schutzstandard nicht kennt,³⁸ so gibt es eine Vielzahl an völkerrechtlichen Men-

31 M. Fleischmann, *Völkerrechtsquellen* (Verl. der Buchh. des Waisenhauses, Halle 1905) 17 f.; Vgl. A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (1984) § 1208.

32 K. Doehring, *Völkerrecht* (C. F. Müller, Heidelberg 2004) 432; L. von Carlowitz, *Das Menschenrecht auf Eigentum von Flüchtlingen und Vertriebenen* (Duncker Humblot, Berlin 2008) 19, Fn. 24.

33 S. dazu umfassend B. Simma / A. L. Paulus / D.-E. Khan / G. Nolte (Hrsg.) *The Charter of the United Nations* (3. Auflage, OUP, Oxford 2013).

34 S. dazu A. Eide / G. Alfredson (Hrsg.) *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (Martinus Nijhoff, The Hague 1999) 3 ff.; J. von Bernstorff, *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights*, 19 EJIL (2008) 903 ff.

35 W. Kälin / J. Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz* (Nomos, Baden-Baden 2008) 16 ff.

36 W. Kälin / J. Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz* (Nomos, Baden-Baden 2008) 8.

37 Vgl. T. Rensmann, *Völkerrechtlicher Enteignungsschutz*, in: D. Ehlers / H.-M. Wolfgang / U. J. Schröder (Hrsg.) *Rechtsfragen internationaler Investitionen* (Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt 2009) 26; zudem bestehen auch im humanitären Völkerrecht Eigentumsschutzstandards, siehe z.B. Art. 46 Haager Landkriegsordnung, Anlage zum IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges, 18.10.1907, RGBl. 1910, 107 ff.; Art. 53 des IV. Genfer Abkommens zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten, 12.8.1949, BGBl. 1954 II, 917.

38 BVerfGE 112, 1 (34).

schenrechtsverträgen, die auch eine menschenrechtliche Gewährleistung eines Rechts auf Eigentum anerkennen.³⁹

III. Das Investitionsschutzrecht

Der moderne, umfassende Schutzstandard für Investitionen wird zumeist über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge sog. Investitionsschutzabkommen erreicht. Dabei wird zwischen bilateralen (BITs) und multilateralen (MITs) Investitionsschutzverträgen unterschieden. Der erste bilaterale Investitionsschutzvertrag wurde 1959 zwischen Deutschland und Pakistan abgeschlossen.⁴⁰ Vorläufer dieser speziellen BITs waren bilaterale Verträge über „Friendship, Commerce and Navigation“ (FCNs), die ab dem Ende des 18. Jahrhunderts meist von den USA abgeschlossen wurden. Praktische Relevanz haben neben den BITs vor allem regionale Investitionsschutzabkommen erlangt, wie etwa im Rahmen des „North American Free Trade Agreement“ (NAFTA) oder des „Energy Charter Treaty“ (ECT).⁴¹ Darüber hinaus ist das von der Weltbank ins Leben gerufene „International Center for the Settlement of Investment Disputes“ (ICSID)⁴² zu nennen,

39 1. Zusatzprotokoll zur EMRK, vom 20.3.1952, 213 UNTS 262, BGBl. 1958/210; Art. 21 American Convention on Human Rights, OAS Treaty Series No. 36; Art. 14 African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter) 1520 UNTS 217; Art. 5 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195; Art. 15 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, 2149 UNTS 13; Art. 8 Convention relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 150; Art. 15 Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 2220 UNTS 3; vgl. zudem Art. 17 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung, UNGA Res. 217 A (III) 10 Dezember 1948; UNYB (1948-49) 535; weitergehend dazu N. Klein, 4 Goettingen Journal of International Law 1 (2012) 210 (m.w.N.).

40 M. Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht (C. F. Müller, Heidelberg 2006) 175.

41 Als regionale Abkommen, die auch investitionsrechtliche Aspekte abdecken sind zudem MERCOSUR (2145 UNTS 346) und ASEAN (1331 UNTS 243) zu nennen.

42 ICSID-Convention, 575 UNTS 159; vgl. dazu umfassend C. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (CUP, Cambridge 2009) 1 ff.; eine Schiedsklausel kann sich darüber hinaus aber auch auf andere bestehenden Einrichtungen oder Schiedsordnungen beziehen, s. hierzu z.B. die UNCITRAL Rules, UN GA Res. 65/22, UN Doc. A/RES/65/22, UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010; das International Chamber of Commerce (ICC) in Paris, ICC Publication 865-0 ENG, ICC Arbitration Rules as of 1.1.2012; oder das Stockholm Chamber of

das aus seinem „Dornröschenschlaf“ der Anfangsjahre erwacht ist und seit 1990 eine ständig steigende Anzahl an Schiedsverfahren durchführt.⁴³ Verhandlungen über ein umfassendes multilaterales Investitionsschutzabkommen fanden wiederholt unter der Schirmherrschaft verschiedener Institutionen statt.⁴⁴ Aufgrund weit auseinanderfallender Vorstellungen der beteiligten Parteien⁴⁵ konnte eine Einigung bislang jedoch nicht herbeigeführt werden, so dass ein multilaterales Investitionsschutzabkommen auch in näherer Zukunft wohl kaum umzusetzen ist.⁴⁶

Früher als die heutigen, meist durch völkerrechtliche Verträge abgesicherten, Schutzstandards setzten die Entwicklungen im Fremdenrecht ein.⁴⁷ Über dessen genauen Umfang und Reichweite herrschen bereits seit dem 17. Jahrhundert in Völkerrechtslehre und -praxis unterschiedliche Vorstellungen.⁴⁸ Internationale Investitionen sind jedoch ein Phänomen, das im Wesentlichen seinen Ursprung im Zeitalter der ersten Globalisierung im 19. und 20. Jahrhundert hat.⁴⁹ Die gewohnheitsrechtlichen Schutzstandards für Fremde waren bereits zu diesem Zeitpunkt Anknüp-

Commerce (SCC), Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration Rules in force as of 1.1.2010, abrufbar unter: <<http://www.sccinstitute.com/skiljedomsregler-4.aspx>> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016).

- 43 S. dazu: <<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016); R. Dolzer / C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP, Oxford 2012) 11.
- 44 S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (CUP, Cambridge 2009) 31 ff., 49 ff.; R. Dolzer / C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP, Oxford 2012) 8 ff.
- 45 S. z.B. G. A. van Hecke, *Le Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers*, (1964) *Revue générale de droit international public*, 641 ff.
- 46 R. Dolzer / C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP, Oxford 2012) 11.
- 47 Vgl. U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (Duncker Humblot, Berlin 2008) 23 ff.; G. Fouilloux, *La Nationalisation et le Droit International Public* (Pichon et Durand-Auzias, Paris 1962) 94 ff.; R. B. Lillich, *The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, in: R. B. Lillich (Hrsg.) *International Law of State Responsibility for INJURIES to ALIENS* (University Press of Virginia, Charlottesville 1983) 1 ff.; C. Schreuer, *Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht*, in: W. Hummer (Hrsg.) *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende* (Manzsche, Wien 2002) 237 ff.
- 48 M. Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht* (C. F. Müller, Heidelberg 2006) 167; K. Miles, *The Origins of International Investment Law* (CUP, Cambridge 2013) 19.
- 49 M. Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht* (C. F. Müller, Heidelberg 2006) 167; R. Dolzer / C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP, Oxford 2012) 1 ff.

fungspunkt für den Schutz von Auslandsinvestitionen.⁵⁰ Zu dieser Begebenheit äußerte sich *John Adams* bereits im Jahre 1796 zum Anlass der Verhandlung des ersten von den USA geschlossenen Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) wie folgt: „There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power.“⁵¹

B. Methoden und Gegenstand der Untersuchung

Ausgangspunkt der Untersuchung stellt eine historische Betrachtung dar. Wird das Investitionsschutzrecht in Frage gestellt, geht es, ebenso wie im Fremdenrecht, immer auch um die Funktion und Rechtfertigungsmöglichkeiten besonderer Rechtspositionen für Fremde. Funktion und Regelungszweck des Investitionsschutzrechts können nur im historischen Kontext bestimmt werden. Ohne die historische Entwicklung des Investitionsschutzrechts in die Entwicklung der Völkerrechtsordnung im Ganzen einzuordnen, kann eine konzeptionelle Einordnung des Investitionsschutzrechts in das Völkerrecht nicht erfolgen. Dabei nimmt das historische völkerrechtliche Fremdenrecht eine ganz zentrale Rolle ein. Es stellt den Vorläufer aller Vorschriften des modernen Völkerrechts dar, die Individualinteressen schützen. Gerade die geschichtliche Einordnung des Investitionsschutzrechts in den Kontext des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts und die damit einhergehende Entwicklung von Individualrechten im Völkerrecht ist bei der Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen von Investor – Staat Schiedsverfahren von elementarer Bedeutung. Eine historische Betrachtung zeigt, dass es sich beim Investitionsschutzrecht gerade nicht um eine Weiterführung des kommerziellen Privatrechts handelt, sondern um ein völker- und öffentlich-rechtlich geprägtes Rechtsgebiet, welches öffentlichen Rechten, Pflichten und sonstigen Belangen gegenüber offen sein muss. Dabei soll besondere Beachtung finden, dass

50 U. Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht (Duncker Humblot, Berlin 2008) 23 ff.

51 Zitiert in: J. B. Moore, A Digest of International Law, Volume 4 (Government Printing Office, Washington 1906) 5; und in: R. Dolzer / C. Schreuer, Principles of International Investment Law (OUP, Oxford 2012) 1.

die historischen Grundlagen des Investitionsschutzrechts im Fremdenrecht und damit dem europäischen Kolonialismus in jüngerer Vergangenheit kritisch hinterfragt wurden.⁵² Eine eurozentristische Sicht auf die historische Entwicklung des Völkerrechts lässt sich aufgrund der Quellenlage dabei leider nahezu nicht vermeiden. Dennoch soll die Kritik am Investitionsschutzrecht vor seinem kolonialistischen Hintergrund angemessen in der historischen Darstellung aufgenommen und gewürdigt werden. Bereits aus einer eingeschränkt eurozentristischen Perspektive lässt sich jedoch belegen, dass diese Kritik nicht vollumfänglich greift und eine Rückführung des Investitionsschutzrechts allein auf den europäischen Kolonialismus nicht ausreicht, um das Investitionsschutzrecht in die Entwicklung der Geschichte des Völkerrechts einzuordnen und seine Legitimität anzuzweifeln.

Daran anknüpfend wird im zweiten Teil der Zusammenhang von Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht untersucht. Entgegen dem herrschenden Konfliktdiskurs soll dabei auf eine zunehmend wahrgenommene Konvergenz zwischen Investitionsschutzrecht und Menschenrechtsschutz eingegangen werden. Dazu wird ein Vergleich zwischen Investitionsschutzrecht und Menschenrechtsschutz angestellt. Ziel dieses Vergleiches ist es, Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede der beiden Rechtsgebiete herauszuarbeiten. Die Bestimmung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten soll als Grundlage für die daran anknüpfende Untersuchung konzeptioneller Verständnisse des Investitionsschutzrechts dienen. Dabei sollen Möglichkeiten aber auch Grenzen eines strukturellen Vergleiches zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht aufgezeigt werden.⁵³

In Abgrenzung zum von *Braun* herangezogenen deskriptiven Ansatz,⁵⁴ verfolgt diese Arbeit dabei ganz bewusst einen konzeptionellen Ansatz. Demnach werden Investitionsschutzverträge nicht isoliert als neuartige Verträge zum Schutz von Investoren begriffen, sondern vielmehr im Kon-

52 Vgl. insb. K. Miles, *The Origins of International Investment Law* (CUP, Cambridge 2013).

53 Vgl. bezüglich einer ähnlichen Abwägung unterschiedlicher Herangehensweisen im Hinblick auf konkrete Beispiele und übergeordnete Untersuchung M. Perkams, *Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl* (Nomos, Baden-Baden 2010) 27 f., dazu im Einzelnen unten 2. Teil, A.

54 T. R. Braun, *Ausprägungen der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht* (Nomos, Baden-Baden 2011) 15 ff.

Einleitung

text der konzeptionellen Entwicklung des Schutzes von Individualrechten im Völkerrecht eingeordnet. Dabei dient das völkerrechtliche Individualschutzrecht als Vergleichsmaßstab für das Investitionsschutzrecht, nach dem konkrete praxisrelevante Streitfragen gelöst werden sollten und welcher einen angemessenen Interessenausgleich sämtlicher am Investitionsschutzrecht beteiligten Akteure ermöglicht. Diese konzeptionelle Einordnung wird sodann auf ihre praktischen Folgen in der Rechtsanwendung hin überprüft und ebenfalls als Maßstab für künftige Entwicklungen des Investitionsschutzrechts *de lege ferenda* verwendet.

1. Teil Gemeinsame Entstehungsgeschichte

A. Die Geschichte des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts

In wenigen Bereichen des Völkerrechts gibt es mehr Praxis und zugleich weniger Konsens als im Bereich des Fremdenrechts.⁵⁵ Der fehlende Konsens mag mitunter dadurch begründet sein, dass Fragen des Fremdenrechts historisch immer den Grenzbereichen der seit dem Westfälischen Frieden bestehenden Völkerrechtsordnung zuzuordnen waren: Die klassische Staatenzentriertheit des Völkerrechts wurde durch das Fremdenrecht erstmalig mit dem Individuum als Rechtsobjekt und potentiellen Rechtsträger konfrontiert. Auch wenn im Fremdenrecht noch keine Rechte Einzelner im eigentlichen Sinne begründet wurden, so stellten die darin begründeten Rechtspositionen doch erstmalig eine Rechtserheblichkeit des Einzelnen im Völkerrecht her, die die klassische Struktur des Völkerrechts als zwischenstaatliches Recht vor neue Herausforderungen stellte.

Das Fremdenrecht erfüllt damit eine historisch wichtige Aufgabe. Es stellt den Vorläufer sämtlicher Vorschriften des modernen Völkerrechts dar, die Individualinteressen schützen. Diese Funktion des Fremdenrechts ist in bisherigen Untersuchungen meist etwas „stiefmütterlich“ behandelt worden.⁵⁶ Welche Schlussfolgerungen lassen sich aus dem historischen Fremdenrecht für das heutige Völkerrecht ziehen? Wie ist der Übergang des historischen Fremdenrechts zu den heutigen Schutzstandards vonstatten gegangen? Wurde das klassische Fremdenrecht durch moderne Rechtsschutzregime überlagert beziehungsweise ersetzt? Haben Fremdenrechte auch heute noch Relevanz? Diese Fragen sind im Folgenden zu klären.

Das Fremdenrecht dient dabei als Ausgangspunkt, um die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht näher zu beleuchten. Exemplarisch werden dazu die Rechtsgebiete des Investitionsschutzrechts und des Men-

55 R. B. Lillich, *The human rights of aliens in contemporary international law*, (Manchester University Press, Manchester 1984) 1.

56 In diesem Sinne bereits P. A. Steinbach, *Untersuchungen zum internationalen Fremdenrecht: Grundsätze Internationaler Rechtsprechung über die Prinzipien des Fremdenrechts, insbesondere das Problem des völkerrechtlichen Schutzes von Individualrechten* (Ludwig Röhrscheid, Bonn / Köln 1931) 5.

schenrechtsschutzes herausgegriffen. Das Fremdenrecht und das darauf aufbauende völkerrechtliche Individualschutzrecht sollen letztlich als Grundlage eines neuen konzeptionellen Verständnisses des Investitionsschutzrechts dienen. Dabei ist die zentrale These des geschichtlichen Teils, dass völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz und das Investitionsschutzrecht einen gemeinsamen geschichtlichen Hintergrund teilen. Ein besonderes Augenmerk liegt aus diesem Grund auf den größeren Rahmen der Entwicklungslinien des Schutzes von Individualrechten in Völkerrecht und Rechtstheorie. Eine besondere Schwierigkeit besteht darin, eine Auswahl zu treffen, welche Autoren und geschichtlichen Ereignisse für eine historische Darstellung des Fremdenrechts relevant sind. Im Folgenden sollen solche Autoren und Ereignisse Berücksichtigung finden, die sich ausdrücklich mit der Rechtstellung Fremder im Rahmen eines Gast-, Fremden- oder Besuchsrechts beschäftigen. Insofern finden Autoren wie *Vitoria*, *Pufendorf*, *Smith*, *Kant* oder *Vattel* weitergehende Berücksichtigung als *Hobbes*, *Montesquieu* oder *Hume*, die in ihren Ausführungen nicht spezifisch auf Fremden- oder Gastrechte eingegangen sind.⁵⁷ Auch die Ursprünge des Fremdenrechts in der Antike sollen nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, da gerade durch diese weitgehende Betrachtung deutlich wird, dass Fremden und ausländischen Investitionen schon seit den Anfängen der menschlichen Geschichtsaufzeichnung eine unterschiedlich ausdifferenzierte rechtliche Sonderstellung zukam und eine Rückführung des Investitionsschutzrechts allein auf den europäischen Kolonialismus zu kurz greift. Hauptgegenstand der Untersuchung ist jedoch die historische Entwicklung des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts des 19. Jahrhunderts in die heutigen Schutzstandards im Investitionsschutzrecht und allgemeinen Menschenrechtsschutz. Bei der Einteilung in unterschiedliche Epochen soll sich an den in den Standardwerken von *Grewe* und *Ziegler* eingeführten Periodisierungen orientiert werden.⁵⁸

57 Ebenso G. Cavallar, *The Rights of Strangers* (Ashgate, Aldershot 2002) 274 f.

58 W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, (Baden-Baden, Nomos 1988) 19 ff.; K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007); weitergehend zur Periodisierungsdebatte in der Völkerrechtsgeschichte W. E. Butler, *Periodization and international law*, in: A. Orakhelashvili (Hrsg.) *Research Handbook on the Theory and History of International Law* (Edward Elgar, Cheltenham 2011) 379; O. Diggelmann, *The Periodization of the history of International Law*, in: B. Fassbender / A. Peters (Hrsg.) *The Oxford Handbook of the History of International Law* (2012) 997 ff.; vgl. auch M. Koskeniemi, *A History of International Law Histories*, in: B. Fassbender / A. Peters (Hrsg.) *The Oxford Handbook of the*

Dabei kann eine Darstellung der Geschichte nur selektiv geschehen und heutige Rechtsbegriffe und Institutionen können keine endgültigen Maßstäbe für eine Deutung völkerrechtsgeschichtlicher Entwicklungen sein.⁵⁹ Vielmehr soll daher auch hier ein im Sinne von *Koskenniemi* konzeptioneller Ansatz verfolgt werden: „A conceptual history would [...] take the legal vocabularies and institutions as open-ended platforms on which contrasting meanings are projected at different periods, each complete in themselves, each devised so as to react to some problem in the surrounding world. Its interest lies in meaning formation (‘how does a particular concept receive this meaning’) rather than the contents of any stable meaning per se.”⁶⁰

I. Vorklassische Antike

Die Kontinuität der kulturgeschichtlichen Entwicklung von vorklassischer Antike bis zur Moderne bedeutet nicht zwangsläufig die Kontinuität bestimmter Institutionen, Rechtsvorstellungen und Rechtsbegriffe.⁶¹ Dennoch illustriert ein kurzer Blick auch auf die Ursprünge menschlicher Ge-

History of International Law (OUP, Oxford 2012) 962 f.; eine besondere Betrachtung der Geschichte des Fremdenrechts findet sich auch in R. Kläger, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts – unter besonderer Berücksichtigung seiner Wechselwirkung mit dem internationalen Investitionsschutzrecht – C. Tietje (Hrsg.) 6 Beiträge zum Europa- und Völkerrecht (2011); Siehe auch P. Fischer, das Transnationale Unternehmen als Phänomen in der Völkerrechtsgeschichte, in: Fischer (Hrsg.) Völkerrecht und Rechtsphilosophie, Festschrift für S. Verosta, 345 ff.

59 Vgl. M. Koskenniemi, A History of International Law Histories, in: B. Fassbender / A. Peters (Hrsg.) The Oxford Handbook of the History of International Law (OUP, Oxford 2012) 969.

60 M. Koskenniemi, A History of International Law Histories, in: B. Fassbender / A. Peters (Hrsg.) The Oxford Handbook of the History of International Law (OUP, Oxford 2012) 969.

61 W. G. Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte (Nomos, Baden-Baden 1988) 29; K.-H. Ziegler stellt demgegenüber eher auf die Zusammenhänge der Völkerrechtsentwicklung ab, K.-H. Ziegler, Völkerrechtsgeschichte (C. H. Beck, München 2007) 2, 21, 50; Differenzierter C. G. Roelofsen, International Arbitration and Courts, in: B. Fassbender / A. Peters (Hrsg.) The Oxford Handbook of the History of International Law (OUP, Oxford 2012) 145; vgl. hierzu auch M. Koskenniemi, A History of International Law Histories, in: B. Fassbender / A. Peters (Hrsg.) The Oxford Handbook of the History of International Law (OUP, Oxford

schichtsaufzeichnungen, welche fundamentale Bedeutung die Rechtsbeziehungen zu Fremden für das Leben von Menschen schon jeher hatte. So verwundert es nicht, dass die ersten schriftlich festgehaltenen quasi-völkerrechtlichen Verträge in der vorklassischen Antike mitunter fremdenrechtlichen Charakter aufweisen. Der wohl älteste im Wortlaut überlieferte Staatsvertrag der Weltgeschichte stammt aus dem Palastarchiv von Ebla.⁶² Nach nicht unumstrittener Lesung handelte es sich dabei um ein Freundschafts- und Handelsabkommen zwischen den Königen von Ebla und Assur aus dem 3. Jahrtausend vor Christus.⁶³ Trotz bestehender Kritik an der Einordnung als zwischenstaatlicher Vertrag wird durch das Schriftstück verdeutlicht, dass bereits damals ein internationaler Fernhandel erheblichen Ausmaßes bestand und das Fremde auch schon zu diesem Zeitpunkt eine gewisse rechtliche Sonderstellung inne hatten.⁶⁴

Gleichwohl zeigt der Fund der Quellen aus dem Palastarchiv auch ein Dilemma der Völkerrechtsgeschichtsforschung auf: Gerade bezüglich der Bestimmungen des internationalen Handelsverkehrs sind Regelungen im Altertum nur sehr fragmentarisch erschlossen, sodass meist Unklarheiten und Raum für unterschiedliche Deutungsmöglichkeiten bestehen bleiben.⁶⁵ Nach Zusammenfassung von Ziegler⁶⁶ lässt sich jedoch folgender Kerngehalt des Vertrages von Ebla unstreitig festhalten: Der Vertrag fand für das gesamte Gebiet von Ebla mit mehreren Niederlassungen und Sied-

2012) 962 f. und K.-H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium*, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008) 1 ff.

62 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*, (C. H. Beck, München 2007) 12; K.-H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium*, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008) 67 ff.; zum Vertrag von Ebla siehe auch E. Sollberger, *The So-Called Treaty between Ebla and „Ashur“*, in: *Studi Eblaiti III*, 9-10 (Università degli Studi di Roma, 1980) 129 ff.; B. Kienast, *Der Vertrag Ebla-Assur in rechtshistorischer Sicht*, in: H. Waetzoldt / H. Hauptmann (Hrsg.) *Wirtschaft und Gesellschaft von Ebla* (Heidelberger Orientverlag, Heidelberg 1988) 231 ff.

63 Zur Kritik der wohl herrschenden Lesart siehe W. G. Lambert, *The Treaty of Ebla*, in: L. Cagni (Hrsg.) *EBLA* (Istituto universitario orientale, Napoli 1975-1985) 353 ff., Kritik besteht insbesondere bezüglich der geographischen Verortung aber auch bezüglich des Vertragscharakters.

64 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 13.

65 K.-H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium*, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008) 67.

66 S. hiezu und zum Folgenden K.-H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium*, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008) 68.

lungen Anwendung.⁶⁷ Die Untertanen aus Ebla und Assur unterstanden grundsätzlich ihrem jeweiligen Souverän.⁶⁸ Die Assyrer hatten das Recht „zur Teilhabe am internationalen Fernhandel“⁶⁹ und neben Strafzahlungen bei der Begehung von Delikten gegenüber Untertanen des anderen Herrschers (50 Schafe waren zu entrichten, wenn ein Eblaiter einen Assyrer oder umgekehrt „mit der Hand schlägt oder tötet“)⁷⁰ enthielt der Vertrag ebenso die Garantie, wechselseitig die unbehelligte Rückkehr von Kaufleuten aus dem jeweiligen Staatsgebiet zu gewährleisten.⁷¹

II. Antike

1. Die Rechtsstellung des Fremden im antiken Griechenland

Der Umgang mit Fremden beschäftigte auch die griechischen Philosophen. So lassen sich in den Schriften griechischer Philosophen Rechtsauffassungen zum Umgang mit Fremden bzw. Nicht-Griechen finden.⁷² Dabei kann festgestellt werden, dass die nach den Perserkriegen hervorgehobene Überlegenheit der „Hellenen“ gegenüber den „Barbaren“, also den Nicht-Griechen, bloße Ideologie war.⁷³ In diesem Sinne ist auch der häufig zitierte Ausdruck von Platon aus seiner um 374 vor Christus verfassten Schrift „vom Staate“ zu verstehen, dass Griechen und Nicht-Griechen „von Natur Feinde“ seien.⁷⁴ Ebenso sind Aussagen von Aristoteles einzu-

67 E. Sollberger, *The so-called Treaty between Ebla and ‘Ashur’*, Studi Eblaiti III (Università degli Studi di Roma, 1980) 129 ff.

68 B. Kienast, *Der Vertrag Ebla-Assur in rechtshistorischer Sicht*, in: H. Waetzoldt und H. Hauptmann (Hrsg.) *Wirtschaft und Gesellschaft von Ebla* (Heidelberger Orientverlag, Heidelberg 1988) 231.

69 B. Kienast, *Der Vertrag Ebla-Assur in rechtshistorischer Sicht*, in: H. Waetzoldt und H. Hauptmann (Hrsg.) *Wirtschaft und Gesellschaft von Ebla* (Heidelberger Orientverlag, Heidelberg 1988) 232.

70 B. Kienast, *Der Vertrag Ebla-Assur in rechtshistorischer Sicht*, in: H. Waetzoldt und H. Hauptmann (Hrsg.) *Wirtschaft und Gesellschaft von Ebla* (Heidelberger Orientverlag, Heidelberg 1988) 236.

71 D. O. Edzard, *Der Vertrag von Ebla mit A-bar-qa*, 18 Quaderni di Semitistica (1992) 203.

72 Vgl. hierzu auch C. Tiburcio, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law* (Nijhoff, Den Haag 2001) 25 ff.

73 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 27.

74 Platon, *Politeia*, 470 St. 2 A.

ordnen, nach denen es Menschen gebe, die „von Natur Sklaven“ seien und gegen die ein „Krieg von Natur aus gerecht“ sei.⁷⁵ Derartige Vorbehalte spiegeln sich in der damaligen völkerrechtlichen Praxis nicht wider. Beispielfür hierfür kann der 377 vor Christus erfolgte Aufruf Athens aufgeführt werden, durch den Griechen und Nicht-Griechen („Hellenen und Barbaren“) ausdrücklich gemeinsam dazu aufgefordert wurden, sich dem sogenannten Zweiten Attischen Seebund anzuschließen.⁷⁶

In Abgrenzung zu *Platon* und *Aristoteles*, die davon ausgingen, dass eine volle Entfaltung der menschlichen Natur nur innerhalb der Polis (sovereäne griechische Stadt- oder Gemeindestaaten) möglich war, war das Denken *Sokrates* kosmopolitischer geprägt.⁷⁷ So wird *Sokrates* unter anderem vom römischen Stoiker *Cicero* die Aussage zugeschrieben, dass *Sokrates* sich primär als Bürger der Welt sah.⁷⁸ Teilweise wird jedoch auch der sokratische Kosmopolitismus lediglich als Projektion der späteren stoischen Kosmopoliten gesehen, um eine einheitliche Entstehungsgeschichte der Lehren von *Sokrates* über *Diogenes* zu begründen.⁷⁹

Wenn bei den alten Griechen Fremde grundsätzlich als „Barbaren“ bezeichnet wurden, so hatte diese Terminologie keine negative Konnotation, sondern war lediglich auf die Unverständlichkeit der fremden Sprache zurückzuführen.⁸⁰ In der durch die Polis geprägten altgriechischen Welt gab

75 So auch K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 33; s. dazu auch A. Dihle, *Die Begegnung mit Fremden im alten Griechenland*, in: J. Dummer / M. Vielberg (Hrsg.) *Der Fremde – Freund oder Feind? Überlegungen zu dem Bild des Fremden als Leitbild* (Franz Steiner, Stuttgart 2004) 25 f.

76 So auch K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 27.

77 Vgl. P. Kleingeld / E. Brown, *Cosmopolitanism*, in: E. N. Zalta (Hrsg.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Metaphysics Research Lab, Stanford 2002) abrufbar unter: <<http://plato.stanford.edu/entries/cosmopolitanism/>> (zuletzt aufgerufen am 20.12.2016). Inwieweit es aber tatsächlich einen sokratischen Kosmopolitismus gab erscheint zweifelhaft, s. B. Köhler, *Soziologie des Neuen Kosmopolitismus* (VS Verlag, Wiesbaden 2006) 22, Fn. 3.

78 *Cicero, Tusculanae Disputationes*, V 108, „Sokrates cum rogetur, cujatem se esse diceret, Mundanum inquit. Totius enim mundi se incolam et civem arbitrabatur.“

79 J. L. Moles, *The Cynics and Politics*, in: A. Laks / M. Schofield (Hrsg.) *Justice and Generosity: Studies in Hellenistic Social and Political Philosophy* (CUP, Cambridge 1995) 132; B. Köhler, *Soziologie des Neuen Kosmopolitismus* (VS Verlag, Wiesbaden 2005) 22, Fn. 3.

80 A. Dihle, *Die Begegnung mit Fremden im alten Griechenland*, in: J. Dummer / M. Vielberg (Hrsg.) *Der Fremde – Freund oder Feind? Überlegungen zu dem Bild des Fremden als Leitbild* (Franz Steiner, Stuttgart 2004) 21.

es neben einem dichten Netz von zwischenstaatlichen Beziehungen einen durch archäologische Ausgrabungen belegbaren intensiven wirtschaftlichen Austausch mit Nicht-Griechen.⁸¹ Zudem zählte innerhalb der Polis unter anderem die Herausbildung eines besonderen Fremdenrechts zu den hervorzuhebenden Errungenschaften der altgriechischen Staatengemeinschaft.⁸² So sind einige der bereits im alten Griechenland geschaffenen Rechtsinstitutionen für Fremde auch heute noch bekannt.

Unter „Asylie“ wurde der Schutz Fremder vor Gewaltmaßnahmen gegen die Person oder das Eigentum, insbesondere Raub, Repressalien oder sonstiger außergerichtlicher Selbsthilfe verstanden.⁸³ Die „Proxenie“ war ein Vorläufer des Konsulats, in der sich der „Proxenor“ um die Belange fremder Staatsangehörige kümmerte. Die „Isopolitie“ („gleiches Bürgerrecht“) gab einzelnen Bürgern oder sogar allen Bürgern einer fremden Polis die gleiche Rechtsstellung wie den eigenen Bürgern. Es gab auch zahlreiche „symbola“ oder „symbolai“ genannte Verträge, die im Sinne von Rechtshilfeverträgen den Angehörigen der jeweiligen Vertragsparteien rechtlichen Schutz vor Gewalt und Willkür zusicherten und neben einer „Asylie“ auch eine umfassende Garantie bezüglich der Eröffnung des Rechtsweges zu einheimischen und auch fremden Richtern beinhalten konnten.⁸⁴

Parallelen zwischen modernen Investitionsschutzverträgen und den altgriechischen „symbola“ können nicht von der Hand gewiesen werden. Durch einen „symbola“ konnte etwa auch eine „Isopolitie“ gewährt werden, die dem heutigen Schutzstandard der Inländergleichbehandlung sehr nahe kam.⁸⁵ Zudem erfreute sich auch schon in der altgriechischen Ge-

81 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 27 f.; A. Dihle, *Die Begegnung mit Fremden im alten Griechenland*, in: J. Dummer / M. Vielberg (Hrsg.) *Der Fremde – Freund oder Feind? Überlegungen zu dem Bild des Fremden als Leitbild* (Franz Steiner, Stuttgart 2004) 21 ff.

82 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 31.

83 Hierzu und zum Folgenden K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 31.

84 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 31.; vgl. zum Fremdenrecht in der griechischen Antike auch A. Nußberger, *Das Völkerrecht* (C. H. Beck, München 2009) 87.

85 Vgl. K. H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008)* 71; weitergehend zur Isopolitie, W. Gawantka, *Isopolitie: Ein Beitrag zur Geschichte der zwischenstaatlichen Beziehungen in der griechischen Antike* (C. H. Beck, München 1975) 1 ff.

1. Teil Gemeinsame Entstehungsgeschichte

schichte das Schiedsgerichtsverfahren zur Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten erstaunlicher Beliebtheit.⁸⁶ Es gab sogar Fälle, die nicht lediglich Ausdruck klassischer zwischenstaatlicher Schiedsverfahren waren, sondern stark an die Ausübung von modernem diplomatischem Schutz erinnern.⁸⁷ So kam es vor, dass griechische Stadtstaaten die Ansprüche ihrer Staatsangehörigen, etwa wegen noch ausstehender Zahlungsverpflichtungen, gegenüber anderen Stadtstaaten im Wege eines zwischenstaatlichen Schiedsverfahrens durchsetzen.⁸⁸

2. Die Rechtsstellung des Fremden im antiken Rom

Im römischen Reich sah die Rechtsordnung den einzelnen Menschen als Glied verschiedener Gemeinschaften an. Im Verhältnis zu anderen Menschen derselben Gemeinschaft besaß jeder römische Bürger einen bestimmten rechtlichen Status. Der Status zeigte an, ob und in welchem Maße jemand in einer bestimmten Gemeinschaft Träger von Rechten und Pflichten sein konnte.⁸⁹

Eine grundlegende Personeneinteilung wurde insofern in „liberi“ (Freie) und „servi“ (Sklaven) vorgenommen. Damit wurde eine Gemeinschaft aller Freien angenommen, in der die Sklaven keinen Status hatten. Sklaverei gab es zwar auch außerhalb der römischen Rechtsordnung, jedoch war sie keineswegs einheitlich ausgestaltet und sie bedeutete auch nicht zwangsläufig den völligen Ausschluss von der Rechtswelt der Freiheit. Insofern stellen etwa *Hausmaninger* und *Selb* fest, dass es zwischen Freiheit und Unfreiheit vielfältige Zwischenformen gab, die durch die einheitliche Bezeichnung „Sklaverei“ verdeckt wurden.⁹⁰

86 Siehe dazu S. L. Ager, *Interstate Arbitrations in the Greek World, 337 – 90 B.C.* (Univ. of California Press, Berkeley / Los Angeles 1996); H. S. Fraser, *A Sketch of the History of International Arbitration*, 11 *Cornell Law Quarterly* (1925-1926) 179, 188; M. N. Tod, *International Arbitration amongst the Greeks* (Clarendon Press, Oxford 1913).

87 M. N. Tod, *International Arbitration amongst the Greeks* (Clarendon Press, Oxford 1913) 58.

88 M. N. Tod, *International Arbitration amongst the Greeks* (Clarendon Press, Oxford 1913) 58.

89 Hierzu und zum Folgenden, H. Hausmaninger / W. Selb, *Römisches Privatrecht* (Böhlau, Wien 2002) 73 ff.

90 H. Hausmaninger / W. Selb, *Römisches Privatrecht* (Böhlau, Wien 2002) 73.

Eine zweite Einteilung wurde in diesem Sinne in „cives“ (Bürger) und „peregrini“ (Fremde) vorgenommen.⁹¹ Lediglich den Bürgern kam die volle Teilnahme am politischen und privaten Rechtsleben zu. Nur diese konnten in vollem Umfang nach römischem Recht Eigentum erwerben, Ehen begründen oder politisch tätig werden. Fremde waren von diesen Rechten grundsätzlich ausgeschlossen. Dennoch gab es auch in Rom zahlreiche Annäherungen des Fremdenstatus an die Rechtsstellung des Bürgers (*status civitatis*). Rechtlos war der Fremde nur als „hostis“ (Feind). Als Feinde eingeordnet wurden lediglich die „echten hostes“, also Staatsangehörigen eines Staates, mit dem sich Rom im Kriegszustand befand.⁹² War der Fremde jedoch Gast eines römischen Bürgers („*hospes*“), oder war er als Gast unter den Schutz des römischen Volkes gestellt, so konnte er über den Gastgeber am Rechtsleben teilhaben.⁹³ Die Ausdehnung des Römischen Reiches über Italien und schließlich den gesamten Mittelmeerraum brachte im Verlauf der römischen Geschichte aus politischen Gründen neue, abgestufte Rechtsbeziehungen zu Nichtrömern mit sich. Es gab Statusformen, die sich partiell dem des römischen Bürgers näherten. Die Zuerkennung des „*commercium*“ ließ den Fremden zu römischen Geschäftsformen, die des „*conubium*“ ließ ihn zur römischen Ehe, und die Einrichtung des „*praetor peregrinus*“ ließ ihn zum römischen Prozess zu.⁹⁴

Wie in den altgriechischen Staaten lässt sich somit auch in Rom ein vielschichtiges Fremdenrecht erkennen, welches zum Teil auf Gewohnheit und innerrömische Rechtssetzung, aber auch auf völkerrechtlichen Verträgen beruhte.⁹⁵ Ein besonders hervorzuhebender Ausdruck dieses Fremdenrechts ist die um 242 vor Christus geschaffene Fremdenprätur. Die Fremdenprätur diente der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Römern

91 H. Hausmaninger / W. Selb, *Römisches Privatrecht* (Böhlau, Wien 2002) 74.

92 H. Hausmaninger / W. Selb, *Römisches Privatrecht* (Böhlau, Wien 2002) 74.; K.-H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium*, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008) 8; mit Verweis auf Ulp. D. 49, 15, 24: „*Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec posliminium illi necessarium est*“.

93 Zum ‚*hospitium*‘ und die Unterscheidung zur ‚*amicitia*‘ siehe K.-H. Ziegler, *Fata Iuris Gentium*, 15 Studien zur Geschichte des Völkerrechts (Nomos, Baden-Baden 2008) 98.

94 H. Hausmaninger / W. Selb, *Römisches Privatrecht* (Böhlau, Wien 2002) 73, 75 und 78.

95 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (C. H. Beck, München 2007) 42.